

解决 WTO 上诉机构危机: 启动投票制度的初步设想

房 东*

摘 要 自 2017 年以来,美国借助“协商一致”的表决方式,阻断了 WTO 上诉机构新成员遴选程序,上诉机构的存续面临着严重危机。修法以解决美国的“关切”或者在 WTO 现有体制的框架内寻找上诉程序的替代品都是值得讨论的建议。为了打破美国的桎梏,启动投票制度遴选上诉机构成员是不违反 WTO 现行规则、并具有相当程度可行性的危机解决方案。

关键词 争端解决; 上诉机构; 协商一致; 投票

引 言

自 2017 年以来,由于美国对 WTO 上诉机构成员遴选程序的持续“封杀”,上诉机构正常的运作已然受到了严重威胁。美国之外的其他诸多 WTO 成员一直在努力挽救这一危局,学者们也提出了各种解决方案。在这样的背景下,现任上诉机构主席赵宏女士(也有望在 2019 年 12 月 10 日之后成为唯一的上诉机构成员)的演讲《2018 年世贸组织上诉机构的发展与挑战》,无疑值得高度关注。笔者认为,该演讲的显著特色在于从更为宏观、更为广泛和更具历史感的视角提供了一个切入问题的宏观背景。当然,囿于篇幅,也受限于演讲人的特殊身份,演讲本身并未直接提出有关问题的解决方案,但是提供了一些很有价值的线索。

例如,赵宏女士演讲的主线是对国际争端解决历史的回顾——从战争到和平,从仲裁到司法,并指出其最新发展趋势是“具有强制管辖权的国际裁决机构的兴起,将国家间和平解决争端的机制化提升到了一个新的水平”。阅读至此,笔者产生了一个疑问,如果说从仲裁到司法、从自愿管辖到强制管辖是一种大的趋势,WTO 上诉机构今日的危局岂不是逆历史潮流而动?令人慨叹的是,WTO 上诉机构历来被视为强制管辖的杰出典范。是谁让“模范生”变成“后进生”?WTO 争端解决机制真的存在着所谓的体制性危机吗?如果回顾自 2017 年以来所谓“危机”从发端到恶化的基本历程,一个非常有意思的现象是美国几乎是以一己之力“指出”并“深化”了这种危机,其他 WTO 成员则一直在试图以各种方式说服美国,平复美国的情绪,回应美国的各种“关切”。人们不禁要问,这是上诉机构的“危机”,还是美国和上诉机构乃至整个 WTO 关系的“危机”?

赵宏女士演讲的主基调并不悲观:“我不认为有关上诉机构的技术问题是无法解决的。事实上,我相信当前的进程将有益于成员之间的相互理解、缩小分歧,最终达成一致以打破僵局。”但是,

* 厦门大学法学院副教授,法学博士。

在美国拒绝合作 ,WTO 成员又受困于“协商一致”表决制度的背景下 ,解决“技术问题”的方案何在? 笔者不揣浅陋 ,拟就此略陈己见 ,以求教于学界同仁。

一、问题的由来

自 1995 年 WTO 成立以来 ,上诉机构作为该组织争端解决机制的核心组成部分 ,在处断争端和维护多边贸易体制的权威性方面作出了巨大的、不可磨灭的历史性贡献。当然 ,具体到个案的裁决 ,上诉机构对于多边贸易协定的解释并非完全没有可议之处。一种有代表性的观点即为上诉机构在特定案件中的法律解释有“越权造法”之嫌 ,违反了《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 3 条第 2 款的规定 ,即“争端解决机构(DSB) 的建议和裁定不能增加或减少涵盖协定项下的权力和义务”。自 2002 年以来 ,美国在 WTO 中持续表达了这种担心 ,并指责 WTO 没有有效回应其关切和担忧。具体地讲 ,美国认为上诉机构的法律实践存在着六个方面的问题: 其一 ,上诉机构在诸多案件中的法律解释越权 ,突破了 WTO 现有规则 ,增加或者减少了 WTO 成员在多边贸易协定项下的权利和义务。其二 ,上诉机构的审限超过 90 天。其三 ,上诉机构的成员存在“超期服役”的问题 ,即某些成员在任期届满后 ,仍然继续参与其任期中已介入的案件的审理。其四 ,上诉机构在某些案件的报告中 ,发表对争议的解决并无必要的附带法律意见或者咨询性的意见(advisory opinions) 。其五 ,上诉机构违规审理有关案件中的事实问题 ,特别是把成员方的国内措施之含义视为法律问题而非事实问题。其六 ,上诉机构强调其报告的先例价值。^①

2017 年以来 ,为了向 WTO 施加压力 ,美国在 WTO 上诉机构现任成员任期届满、需要遴选新成员之时 ,数次封杀遴选程序 ,致使上诉机构成员的缺额无法补充 ,上诉机构成员已从标准配置的 7 人减至今日的 3 人 ,而现有 3 位成员中有 2 位的任期将在 2019 年 12 月 10 日届满 ,随后上诉机构很有可能陷入只有 1 位成员的窘境 ,无法满足每个上诉案件需由 3 位成员审理的要求。^② 上诉机构即将“关门”。设若上诉程序缺位 ,则一审的专家组报告的效力可能会处于“悬置”的状态——只要申诉方或被诉方针对一审的专家组报告提起上诉 ,则争端解决机构只能在上诉程序完结之后 ,再来决定是否通过专家组报告。而因为上诉程序实际上已无法启动 ,所以专家组报告就无法生效。WTO 争端解决机制由此面临着前所未有的“极限危机”。

上诉机构成员及其相应的任期^③

	国籍	任期
Ujal Singh Bhatia	印度	2011. 12. 11—2015. 12. 10 2015. 12. 11—2019. 12. 10
Thomas R. Graham	美国	2011. 12. 11—2015. 12. 10 2015. 12. 11—2019. 12. 10
Hong Zhao	中国	2016. 12. 01—2020. 11. 30

^① USTR , The President' s 2018 Trade Policy Agenda , pp. 22—28 , at <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf> , July 20 , 2019.

^② Appellate Body Members , WTO , at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm , July 20 , 2019.

^③ 这是上诉机构目前仅有的三位成员。See *Ibid.*

二、可能的解决方案

为了解决由美国一手造成的所谓 WTO 争端解决机制的“极限危机”,WTO 的其他成员以及学者们提出了多种可能的解决方案。笔者将其大致分为两类:一类为 WTO 成员提出的解决方案,另一类为学者们讨论的解决方案。

(一) WTO 成员提出的解决方案

2018 年 11 月 23 日,中国、欧盟、加拿大、印度等 12 个 WTO 成员联名向总理事会提交了一份提案,主张对 DSU 的条文作出必要的修订以回应美国的“关切”,从而打破上诉机构成员选任的僵局。该文件建议对 DSU 第 17 条作出必要的修正:其一,在第 17 条第 2 款中增加有关上诉机构已离任成员可以继续完成其已参与的且已经召开了口头听证会的案件的上诉审理工作。其二,将第 17 条第 5 款的规定修改为上诉审理的时限原则上不超过 60 天。如果上诉机构无法在 60 天内发布报告,则应向 DSB 提交有关延迟原因和可能需要的时间的书面说明。无论如何上诉审程序不应超过 90 天,除非上诉机构向案件当事方提出建议并经过双方当事人一致同意。如果案件当事方无法就延期问题达成一致意见,上诉机构应该和案件当事方进行磋商,并在不损害当事方程序性权利的前提下,对案件的处理程序作必要的处理,以求得在 90 天内完成程序。其三,增加针对第 17 条第 7 款的脚注,明确专家组报告中对成员方国内措施含义的裁定不属于法律问题,但是有关此类措施在多边贸易协定项下的定性属于法律问题。其四,对第 17 条第 12 款进行修改,明确上诉机构应在解决争端所必需的范围内,处理有关的上诉请求。其五,增加第 17 条第 15 款,规定 DSB 应举行上诉机构和所有成员共同参加的年度会议,任何成员可在此类会议上发表对上诉机构司法实践中的方法和趋势性问题的意见,但应给予上诉机构成员必要的尊重。^④

由日本、澳大利亚和智利联名提交的方案则试图走出另外一种“修法”的路径,即不直接修改 DSU 的条文,而是由 DSB 以“决定”的形式回应美国的诉求。从该方案中所包含的决定草案的内容来看,和中国等 12 个成员的联合提案中所倡议的对 DSU 第 17 条所作出的修正其实没有实质性差别。^⑤

应该指出的是,中国、欧盟、加拿大、印度等 12 个 WTO 成员的联名提案逐项回应了美国的“关切”,并体现出解决问题和打破僵局的极大诚意。该提案在 WTO 内部的相关讨论中得到了相当多成员的支持,在某种程度上形成了共识。^⑥令人遗憾的是,美国并不领情。美国贸易代表办公室在 2019 年 3 月发布的《美国总统关于贸易协定项目的 2019 年贸易政策日程和 2018 年度报告》中依然坚持表示“WTO 成员没有关切和处理这些关键问题,美国不准备同意启动填补上诉机构成员空缺

^④ Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic [...] Mexico to the General Council, WT/GC/W/752, November 26, 2018.

^⑤ Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body, Communication from Japan, Australia And Chile(Revision), WT/GC/W/768/Rev. 1, April 26, 2019.

^⑥ General Council, Agenda Item 4—Informal Process on Matters related to the Functioning of the Appellate Body, Report by the facilitator, H. E. Dr. David Walker (New Zealand), March 1, 2019.

的程序。”^⑦上诉机构前任主席 Peter Van den Bossche 先生在 2019 年 5 月发表的离职演讲中也严肃地指出“美国一直声称上诉机构应该遵循 DSU 的规则——最近一次是在 2019 年 5 月 7 日的总理事会上。没有人不同意这一点,但是这一点究竟意味着什么,美国却一直保持沉默,也不参加目前已经摆在桌上的任何改革提案的讨论。”^⑧

(二) 学者们讨论的解决方案

此类解决方案的共性是在假定上诉机构成员遴选的僵局依然无法解决从而导致上诉程序缺位的前提下,在 WTO 已有规定的框架内或框架外寻找一种替代性方案。

1. 以 DSU 第 25 条规定的仲裁程序为替代

有学者建议,以 DSU 第 25 条规定的仲裁程序作为上诉程序的替代。该方案的要点包括:具体案件的当事方事先可就专家组报告发起仲裁程序进行协议;仲裁程序效仿目前的上诉程序,例如可指定现任和前任上诉机构成员担任仲裁员;仲裁员应适用《WTO 协定》中的实体及程序规则;鉴于发起仲裁程序无法中止专家组报告的通过,可由申诉方根据 DSU 第 12 条第 12 款提出中止专家组程序的要求,并在仲裁程序结束后,将专家组报告并入仲裁裁决。^⑨

但是,该方案存在着明显的问题:其一,以仲裁程序替代上诉程序形同于彻底放弃了上诉机构。其二,以仲裁程序为替代需要每个案件的当事方逐一达成协议,而特定的当事方可能会拒绝达成协议。这种协议在当事方实力对比差距较大时可能更难达成。其三,DSU 中并无关于此类仲裁裁决需经 DSB 通过的规定,所以此类裁决的法律效力不明。^⑩

2. 建立新的“诸边”(plurilateral)上诉机构

有学者建议,在保留当前的专家组和上诉机构的前提下,另行建立一个新的、诸边性质的上诉机构。接受该诸边上訴机构的 WTO 成员可自行选择加入,反对的成员可选择不加入。选择加入的成员将共同选举出 7 名新的诸边上訴机构成员。此时,原有的专家组程序不受影响,WTO 成员可以选择向诸边上訴机构就专家组报告提起上诉。当然,诸边上訴机构只能处断参与成员之间的争议,当争议涉及至少一个非诸边上訴机构参与成员时,仅能由原上诉机构审理。为了避免修正《WTO 协定》可能存在的程序上的困难,该学者建议由 WTO 成员选择在 WTO 框架之外缔结这样的旨在设立新的上诉机构的协议。^⑪

笔者认为,此建议可能造成的问题是:在一个时期内,可能会形成两个上诉机构并存的局面。

^⑦ Office of the United States Trade Representative, 2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program, p. 148.

^⑧ Farewell Speech of Appellate Body Member Peter Van den Bossche, at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/farwellspeech_peter_van_den_bossche_e.htm, July 25, 2019.

^⑨ Scott Andersen, Todd Friedbacher, Christian Lau, Nicolas Lockhart, Jan Yves Remy, Iain Sandford, Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, CTEI Working Paper, Centre for Trade and Economic Integration, Graduate Institute, at <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI-2017-17-.pdf>, July 20, 2019.

^⑩ Jennifer Hillman, Three Approaches to Fixing the Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly? pp. 8—9. at <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/4c69c305-4f37-45f5-aa28-09a6aab19768/files/6907e255-e134-410a-8135-070e9fe62cda>, July 20, 2019.

^⑪ Kong, Qingjiang & Guo Shuai, Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO? *Journal of World Trade*, Vol. 53, 2019, pp. 273—292.

从解决争端的角度来讲, 会否出现同一个法律问题由两种法律解释的现象? 如果一项争端涉及多个成员, 其中只有部分成员接受诸边上诉机构的管辖权, 那么针对同一专家组报告同时并存的两个上诉程序如何协调? 会否出现错综复杂的法律适用的困局? 这些都是值得进一步探讨的问题。

三、启动投票制度的可能性

美国之所以可以凭借“一己之力”冻结整个上诉机构的遴选程序, 其根源在于上诉机构新成员人选的确定需要由全体 WTO 成员协商一致确定, 而任何一个 WTO 成员的明确反对都将阻碍协商一致的成立。DSU 第 17 条第 2 款规定“争端解决机构应任命(appoint) 在上诉机构任职的人员, 任期 4 年。”DSU 第 2 条第 4 款规定“争端解决机构在按照本谅解的规则与程序作出决定(take a decision) 时, 应按协商一致的方式进行。”

已有学者讨论过通过投票制度来决定上诉机构成员的人选, 打破这种僵局的可能性。^⑫ 有学者认为, DSU 第 17 条第 2 款仅仅要求争端解决机构应该任命上诉机构成员, 但并未规定这种任命必须要采取 DSU 第 2 条第 4 款的“决定”的形式。既然可以不采取“决定”的形式, 也就不必然要遵循协商一致的方式。^⑬ 笔者理解这种观点试图规避有关协商一致的要求以打破僵局, 但是, 争端解决机构在 1995 年通过的有关组建上诉机构的法律文件曾经明确指出, 上诉机构成员的选定必须要采取决定的形式。^⑭ 实践中, 各成员可以向 WTO 总干事提名有关的候选人, 由总干事、总理事会主席、DSB 主席、货物贸易理事会主席、服务贸易理事会主席和与贸易有关的知识产权理事会主席等人组成的遴选委员会就相关人选充分磋商后, 再向 DSB 正式提名, 由 DSB 以决定形式通过。

笔者认为, 问题的关键并不在于任命上诉机构成员是否必须要采取“决定”的形式, 而在于“决定”是否只能通过协商一致作出? 表面上来看, 答案应是肯定的。DSU 第 2 条第 4 款明确规定 DSB 应按协商一致的方式作出决定。但是, 我们不应忽视《WTO 协定》第 9 条第 1 款的明确规定“世贸组织应继续实行 GATT 1947 所遵循的经协商一致作出决定的做法。除非另有规定, 否则如无法经协商一致作出决定, 则争论中的事项应通过投票决定。”那么, 如何理解《WTO 协定》第 9 条第 1 款和 DSU 第 2 条第 4 款之间的关系?

有一种观点认为, 这两款规定之间产生了一种冲突, 因为《WTO 协定》第 9 条第 1 款提供了投票机制, 而 DSU 第 2 条第 4 款未提及投票。而按照《WTO 协定》第 16 条第 3 款之规定——“在本协定的条款与任何多边贸易协定的条款产生抵触时, 应以本协定的条款为准”, 据此, DSB 可以采用投票制度。^⑮

笔者则认为, 这两款规定之间并无冲突。仔细审视这两款规定的英文原文可以发现, 《WTO 协定》第 9 条第 1 款规定“*The WTO shall continue the practice of decision-making by consensus followed under GATT 1947(1). Except as otherwise provided, where a decision cannot be arrived at by consensus,*

^⑫ P. J. Kuijper, *From the Board: The US Attack on the WTO Appellate Body*, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 45, 2018, pp. 10—12.

^⑬ Jennifer Hillman *supra* note ⑩, pp. 11—12.

^⑭ Establishment of the Appellate Body, Recommendations by the Preparatory Committee for the WTO approved by the Dispute Settlement Body on 10 February 1995, WT/DSB/1, June 19, 1995, p. 3.

^⑮ Jennifer Hillman *supra* note ⑩, p. 11.

the matter at issue shall be decided by voting.”此处两句话,第一句话的意思是 WTO 应该(shall)继续采用协商一致的做法。第二句话则是指除非另有规定,在无法达成协商一致时,可以投票。一个关键问题是如何理解第二句话中的“Except as otherwise provided”?显然,第一句话不应构成所谓的“另有规定”。因为第一句话和第二句话有这逻辑上的递进关系,可以理解为第一句话设定了一种一般情况——协商一致;第二句话设定了一般的例外——投票。既然第一句话的表述不构成所谓的“另有规定”,那么 DSU 第 2 条第 4 款的规定显然也不属于“另有规定”。该款规定的英文原文是“Where the rules and procedures of this understanding provide for the DSB to take a decision, it shall do so by consensus.”将其与《WTO 协定》第 9 条第 1 款的第一句话稍加比对即可看出,两款规定的实质内容相同,都是应该(shall)采用协商一致。特别是,DSU 第 2 条第 4 款并未规定“只能”(only)采用协商一致。所以,结合上下文,从整体解释的视角来看,《WTO 协定》第 9 条第 1 款第二句话有关投票的规定不仅为同款第一句话设定了一种例外,也为 DSU 第 2 条第 4 款设定了一种例外。据此,在无法达成协商一致时,DSB 可以采用投票制度。^{①⑥}

值得注意的是,《WTO 协定》第 9 条第 1 款后续的规定是“在部长级会议和总理事会会议上,世贸组织每一成员拥有一票。如欧洲共同体行使投票权,则其拥有的票数应与属世贸组织成员的欧洲共同体成员国的数目相等。部长级会议和总理事会的决定应以所投票数的简单多数作出,除非本协定或有关多边贸易协定另有规定。”有观点认为,只有部长级会议和总理事会会议上才可以适用投票制度,DSB 会议上采用投票制度似乎于法无据。^{①⑦}笔者认为,总理事会和 DSB 本身就存在着一种混同现象,《WTO 协定》第 4 条第 3 款规定“总理事会应酌情召开会议,履行 DSU 规定的争端解决机构的职责。争端解决机构可有自己的主席,并制定其认为履行这些职责所必需的议事规则。”据此,当 DSB 召开会议决定上诉机构人选时,完全可以理解是为总理事会在以 DSB 的“名义”开会,当然可以沿用总理事会的表决规则,当然包括投票制度。

应该承认的是,尽管《WTO 协定》第 9 条第 1 款设定了投票制度,但在 WTO 的实践中几乎没有适用,一个重要原因在于所谓的“协商一致”在多边贸易体制中沿袭已久,它体现了对“国家成员”主权的充分尊重。如果启动投票制度,在某些成员反对的情况下通过某种决定,存在所谓的“合法性”问题。^{①⑧}笔者认为,首先,上诉机构成员的遴选问题不同于修改 WTO 的实体规范,由何人出任上诉机构成员并不直接影响 WTO 成员在多边贸易体制中的权利和义务,将投票制度适用于该问题没有所谓的合法性问题。其次,投票制度本来就是在无法达成协商一致时适用的一种例外,今天由于美国的恶意阻挠,在上诉机构成员遴选问题上长期无法达成的协商一致已经严重地威胁到上诉机构

^{①⑥} 有学者试图从另外一个角度论证这种冲突的存在。美国单方面阻止上诉机构成员遴选及任命,从而瘫痪上诉机构的做法,以及其他成员的容忍使得上诉机构成员由 7 人减至 3 人,这构成了 DSB 事实上的一种实践,这种实践是非法的,事实上非法修改了 DSU 第 2 条。因为根据 DSU 第 2 条的规定,DSB 的职责仅仅限于“管理这些规则和程序”,DSB 以及任何单个 WTO 成员都没有毁灭上诉机构,进而毁灭争端解决机制的权力(例如,在上诉程序缺失的情况下,任何一方就专家组报告提起上诉就会使得专家组报告无法被 DSB 通过,无法生效)。这种事实上的非法实践,构成了 DSU 和《WTO 协定》之间的一种冲突,此时,根据《WTO 协定》第 16 条第 3 款的规定,在《WTO 协定》的条款与任何多边贸易协定的条款产生抵触时,应以《WTO 协定》的条款为准。据此,根据《WTO 协定》启动投票程序是正当且必要的。Prof. Ernst-Ulrich Petersmann, *Proposals by Panel Member, Conférence sur la réforme de l'OMC*, November 15, 2018, at <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/4c69c305-4f37-45f5-aa28-09a6aab19768/files/398e28fd-73d7-42bc-85fd-9267bb0289c5>, July 20, 2019.

^{①⑦} Jennifer Hillman, *supra* note ①⑥, pp. 12—13.

^{①⑧} Jaime Tijmes-Lhl, *Consensus and Majority Voting in the WTO*, *World Trade Review*, Vol. 8, 2009, pp. 424—425.

乃至争端解决机制的生存。如果此时依然墨守成规, 尊重的只是美国一国的所谓“主权”, 而置其他 WTO “国家成员”的主权于何地?

结 语

囿于篇幅, 本文并未分析美国所谓的“关切”和对上诉机构的职责是否具有合理性和正当性。但是, 即使上诉机构真的存在着诸多问题, 难道美国就可以置其他成员的利益和整个多边贸易体制于不顾, 以让上诉机构“关门”的极端手段满足一己之私吗? 所以, 是时候启动投票制度, 让美国回归其本来的“一票”了。美国已多次威胁其可能会放弃 WTO, 也许其他 WTO 成员应该认真考虑在美国“自我放弃”的情况下, 如何维护 WTO 体制的正常运作和继续发展问题。

(责任编辑: 张金矜)

Solving the WTO Appellate Body Crisis: Initial Ideas for Launching the Voting System

Fang Dong

Abstract: Since 2017, the United States has blocked the selection process for new members of the WTO Appellate Body by means of “consensus”. The existence of the Appellate Body is now facing a serious crisis. Amending the law to address US “concerns” or finding alternatives to the appeals process within the framework of the WTO system is worthy of discussion. In order to break the shackles of the United States, launching a voting system to select members of the Appellate Body is a considerably feasible solution which is not inconsistent with the current WTO rules.

Key words: Dispute Settlement; Appellate Body; Consensus; Voting